

USFQ LAW REVIEW

Volumen VII • septiembre 2020



USFQ LAW REVIEW
Volumen VII • septiembre 2020
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



Imposibilidad de reconocimiento de acuerdos tácitos entre el Estado y particulares a la luz del derecho público contractual

The Impossibility to Recognize Tacit Agreements Between the State and Individuals in Contractual Public Law

Jenny Fernanda Santamaría Robles*

Recibido / Received: 23/02/2020
Aceptado / Accepted: 23/04/2020
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v7i1.1711

Citación:
Santamaría Robles, J. F. «Imposibilidad de reconocimiento de acuerdos tácitos entre el Estado y particulares a la luz del derecho público contractual». *USFQ Law Review,* Vol. 7, n.º 1, septiembre de 2020, pp. 265-283, doi:10.18272/ulr.v7i1.1711.

* Investigadora independiente, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Abogada por la Universidad Central del Ecuador UCE. Especialista Superior en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar UASB. Magister en Litigio y Arbitraje Internacional por la Universidad San Francisco de Quito USFQ. Correo electrónico: jennewage@hotmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-6839-4304

Resumen

El Estado ecuatoriano últimamente ha enfrentado sendas reclamaciones de particulares que afirman haber entregado bienes, servicios u obras en favor de entidades del sector público sin que hayan mediado procedimientos precontractuales ni contractuales para el efecto. Entonces se demandan pagos pretendiendo ejecutar obligaciones provenientes de supuestas relaciones contractuales tácitas.

Las opiniones sobre este tema se encuentran divididas tanto en la academia como en los órganos jurisdiccionales. En búsqueda de la tan anhelada justicia se sostiene por una parte que se deben honrar esos pagos; mas hacerlo involucraría indefectiblemente la validación del incumplimiento de la ley.

Este trabajo pretende discutir sobre si es posible que se reconozcan este tipo de acuerdos tácitos con el Estado a la luz del derecho contractual público, partiendo del análisis de los elementos esenciales del contrato administrativo. Luego, revisando el principio constitucional de libertad de trabajo y finalizando con la afectación presupuestaria sin compromiso previo a la luz del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

Palabras Clave

Contrato; tácito; obligación; trabajo; bien; obra; servicio

Abstract

The Ecuadorian State has lately faced complains from individuals claiming to have delivered goods, services or works on favor of public entities without having mediated pre-contractual or contractual procedures. Payments are demanded intended to execute obligations arising from alleged tacit contractual relationships.

Opinions on this issue are divided in both academia and jurisdictional bodies. In search of the long-awaited justice, it is argued that on one hand these payments must be honored; but doing so would inevitably involve the validation of non-compliance with the law.

This paper aims to discuss whether it is possible to recognize this type of tacit agreements with the State in the light of public contract law, based on the analysis of the essential elements of the administrative contract. Then, reviewing the constitutional principle of freedom of work and ending with budgetary impact without prior commitment in the Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

Keywords

Contract; tacit; obligation; job; goods; work; service

1. Introducción

Uno de los medios con base en los cuales el Estado desarrolla sus actividades tendientes a la consecución de sus fines, es a través de la contratación para la adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras.

En vista de la trascendencia de la contratación pública para el desenvolvimiento de la administración, en el Ecuador, así como en otros países influenciados por el Derecho Francés, se ha esquematizado un sistema de normas que sustantiva y adjetivamente han generado un régimen diferenciado y reglado para los contratos administrativos, excluyéndolos del derecho contractual común. Sin embargo, en nuestro país se ha evidenciado el uso de creativas fórmulas para eludir el sistema normativo creado para la contratación con el Estado.

En Ecuador, se ha diseñado el Sistema Nacional de Contratación Pública para regular en detalle la fase precontractual, contractual, de ejecución, evaluación y control de las contrataciones que efectúan las entidades del Estado o aquellas que siendo de derecho privado, disponen de fondos públicos.

Entre los motivos para la emisión de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP) constan en su preámbulo, la necesidad de evitar la arbitrariedad y desperdicio de recursos públicos[1]. Además, se han identificado como objetivos del sistema, el garantizar la calidad del gasto público, la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación, así como incentivar la participación de proveedores confiables y competitivos[2]. En esta línea de ideas, también se hacen constar como principios aplicables para los contratos administrativos al de legalidad, igualdad, transparencia, publicidad, entre otros[3].

No obstante los esfuerzos regulatorios sobre la materia, cada vez resulta más común para el Estado ecuatoriano el enfrentar reclamaciones administrativas y demandas de particulares que afirman haber prestado servicios, entregado bienes o ejecutado obras en favor de instituciones públicas, sin contar con respaldo contractual alguno. Estos ciudadanos buscan el reconocimiento de negocios jurídicos tácitos que afirman se habrían generado con las entidades públicas beneficiarias de estos servicios, bienes u obras. Para ejemplificar lo indicado, me permito referirme a los juicios No. 17811-2016-01588[4],

1 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Preámbulo. Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 04 de agosto de 2008.

2 *Eiusdem.* Artículo 9.

3 *Eiusdem.* Artículo 4.

4 Juicio propuesto por PROCEFARGO CÍA. LTDA. contra el Servicio de Contratación de Obras en el que se pretende que el demandando sea condenado al pago por concepto de estudios de consultoría supuestamente realizados sin respaldo contractual. El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito dictó sentencia el 30 de agosto de 2017 aceptando parcialmente la demanda y disponiendo el pago por concepto de estudios para la construcción de obras en YACHAY. Luego, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia falló el 26 de enero de 2018, aceptó el recurso de casación formulado por la Procuraduría General del Estado y casó la sentencia venida en grado, decla-

17811-2017-00893[5], 17811-2017-00814[6], 17811-2017-00401[7] y 17811-2019-01285[8], presentados ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, en los que se discuten disputas de esta naturaleza.

Las resoluciones de estas controversias planteadas ante el órgano jurisdiccional encargado del control de legalidad de la actuación administrativa no resultan sencillas porque parten del reconocimiento expreso de la inobservancia de las normas del Sistema Nacional de Contratación Pública, ante la inexistencia de un procedimiento precontractual y contractual. Sin embargo de lo cual, se pretenden ejecutar obligaciones provenientes de un supuesto acuerdo tácito.

Ante esta problemática, sobre la que todavía no existe un criterio judicial claro, se propone en este trabajo analizar a la luz del derecho administrativo contractual, si resulta o no factible el reconocimiento de relaciones contractuales tácitas entre el Estado y particulares a través del análisis de los elementos del contrato administrativo. También, se abordará sobre la aplicación del principio de libertad de trabajo y prohibición de obligar a alguien a efectuar trabajos gratuitos o forzosos y su relación con los negocios tácitos. Luego, se tratará sobre la generación de afectaciones presupuestarias sin compromiso previo. Finalmente, concluiremos en la imposibilidad del reconocimiento de relaciones contractuales tácitas con el Estado.

2. Elementos del contrato administrativo y los negocios jurídicos tácitos

El contrato administrativo lo define Allan R. Brewer-Carías como un acuerdo bilateral de voluntades en el que interviene, por un lado, la administración pública en ejercicio de la función administrativa con una finalidad de servicio público[9]. Concordando con la mencionada definición, el Código Orgánico

rando la caducidad del derecho para demandar al no versar la acción sobre materia de contratación pública por no existir contrato administrativo.

5 Causa planteada por Diego Adolfo Salguero Palacios contra el Ministerio de Inclusión Económica y Social, reclamando un pago por la supuesta entrega de cuatro mil cuatrocientas camisetas sin contar con contrato administrativo para respaldar la obligación demandada. La causa fue declarada en abandono por la inasistencia de la parte actora a la audiencia preliminar convocada para reinstalación el 9 de agosto de 2018, conforme consta en auto interlocutorio notificado por escrito en esa misma fecha.

6 Acción entablada por el Centro de Excelencia Profesional EXCELCENTER CIA. LTDA. contra el Servicio de Contratación de Obras, demandando un pago por concepto de estudios de consultoría para la evaluación, estudio, diseño estructural, diseño arquitectónico y equipamiento de la intervención integral del Hospital Regional Docente Ambato, supuestamente realizados sin previa suscripción de contrato administrativo. La causa todavía no se encuentra resuelta, se ha convocado a la audiencia de juicio para el 20 de agosto de 2020 a las 09h00.

7 Juicio planteado por ACEROS Y AFINES CONACERO S.A. contra el Consejo de la Judicatura demandando el pago por la supuesta ejecución de obras civiles para la construcción del Complejo Judicial Norte "El Pedregal", sin sustento en contrato administrativo alguno. La causa todavía no se encuentra resuelta, se ha convocado a la audiencia de juicio para el 12 de enero de 2021 a las 14h30.

8 Demanda propuesta por MERCK SHARP AND DOHME (INTER AMERICAN) LLC. contra ENFARMA EP en liquidación, reclamando un pago por la supuesta entrega de ciertos medicamentos sin contar con contrato administrativo. La causa se encuentra sustanciándose. Se ha convocado a la audiencia preliminar para el 4 de mayo de 2021 a las 14h30.

9 Brewer-Carías, Allan. *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica*, volumen III. Madrid: Civitas. Thomson Reuters, 2013, p. 580.

Administrativo (en adelante COA), lo identifica como todo acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno actúa en ejercicio de la función administrativa[10].

Por su parte, el tratadista Roberto Dromi ha identificado los siguientes elementos en los contratos administrativos: "[…] sujetos (competencia y capacidad); voluntad; objeto y forma […]"[11] añadiendo que aquellos son elementos esenciales que atañen a la existencia y validez del contrato.

La LOSNCP en su artículo 60 determina que son contratos administrativos aquellos que se encuentran dentro del ámbito de esa ley; y el artículo 68 del cuerpo jurídico en mención, prescribe que:

> […] Son requisitos para la celebración de los contratos, los siguientes:
> 1. La competencia del órgano de contratación;
> 2. La capacidad del adjudicatario;
> 3. La existencia de disponibilidad presupuestaria y de los recursos financieros necesarios para el cumplimiento de las obligaciones; y,
> 4. La formalización del contrato, observando el debido proceso y los requisitos constantes en la presente Ley y su Reglamento[12].

Prácticamente la norma transcrita contempla los mismos elementos que doctrinariamente se han definido, únicamente se ha omitido en aquel artículo legal al objeto del contrato dentro de la categoría analizada. Sin embargo, siendo ese un elemento indispensable en todo contrato, la falta de aquella mención en la indicada norma no podrá involucrar que se pueda prescindir de ese elemento en el contrato administrativo, por lo que, de todas formas lo trataremos a continuación.

A fin de analizar si es viable el reconocimiento jurídico de relaciones contractuales tácitas entre el Estado y particulares, estimamos necesario verificar si un acuerdo jurídico tácito podría contar con los indicados elementos esenciales. Sin embargo, sospechamos que ese tipo de negocios tácitos no serán capaces de reunir todos los elementos señalados de un contrato público existente y válido.

2.1. Sujetos

La relevancia de este elemento radica en que la intervención de la administración en ejercicio de la función pública, es un componente distintivo de las relaciones contractuales comunes en las que participan solamente particulares y los contratos de índole administrativo.

10 Código Orgánico Administrativo. Artículo 125. Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 del 7 de julio de 2017.
11 Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*, cuarta edición. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 1995, pp. 307-308.
12 Ley Orgánica del Sistema Nacional… *Eiusdem*. Artículo 68.

A *prima facie* parecería posible la configuración de este elemento en acuerdos tácitos, en caso de que la administración haya sido parte de un concierto de voluntades con estipulaciones que no consten de modo expreso.

Sin embargo, como parte de este elemento es necesario verificar la competencia y capacidad de los sujetos intervinientes. La competencia, en lo que respecta a la autoridad pública contratante y la capacidad en cuanto a los particulares.

Sobre la primera, el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador prescribe que las instituciones del Estado que actúen en ejercicio de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley[13]. En la especie, el artículo 6 número 16) de la LOSNCP establece que la máxima autoridad institucional es "[q]uien ejerce administrativamente la representación legal de la entidad u organismo contratante […]"[14] por lo que, solamente esa autoridad o su delegado resulta competente a efectos de comprometer contractualmente a la institución pública.

A manera de ejemplo me permito referirme a la sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito el 29 de marzo de 2017, emitida dentro de la causa No. 17811-2016-01359 seguida por IISAPETROL CÍA. LTDA. contra PETROECUADOR EP, fallo en el que se rechaza la demanda por no haberse identificado la intervención de autoridad competente en un negocio jurídico, bajo el siguiente argumento:

> DÉCIMO. […] Revisado el proceso así como las pruebas aportadas no constan de los mismos que los trabajos adicionales efectuados por IISAPETROL CÍA LTDA., dentro del contrato 2008-022, materia de la presente causa, hayan sido aprobados por parte del administrador del contrato o de autoridad con capacidad de comprometer a la institución demandada que haya generado a favor del accionante una fuente de obligación que compela a la administración demandada a responder por los trabajos ejecutados por el actor IISAPETROL […][15].

Es aquí donde encontramos el primer punto de quiebre respecto a la posibilidad de configuración del elemento inicial en un contrato tácito con la administración pública porque será necesario que se verifique que la autoridad que expresó su voluntad era la competente para el efecto.

Por otro lado, la capacidad de los particulares intervinientes en el negocio jurídico está sometida a las regulaciones del derecho civil. Así, en los artículos 1461, 1462 y 1463 del Código Civil, se contemplan normas relativas a la ca-

13 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 226. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
14 Ley Orgánica del Sistema Nacional… *Eiusdem*. Artículo 6.
15 Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito. *Causa No. 17811-2016-01359*. Sentencia, 29 de marzo de 2017.

pacidad de una persona para obligarse jurídicamente a través de un contrato. Señalándose que "[…] [l]a capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra"[16].

Entonces, para que se configure el primer elemento del contrato, esto es la existencia de los sujetos —entre ellos la administración pública— se deberá constatar la competencia de la autoridad administrativa y la capacidad de la persona privada para obligarse contractualmente.

2.2. Voluntad

La formación de la voluntad en un contrato administrativo se genera cuando los contratantes otorgan su consentimiento a través del cumplimiento de los procedimientos legales y reglamentarios[17]. A diferencia de la contratación común, que se rige por el principio de la autonomía de voluntades, la administración pública puede solamente actuar según las facultades y competencias que le atribuyen la Constitución y la Ley. Para ilustrar lo mencionado, me permito citar a Juan Pablo Aguilar, quien explica:

> […Las] consideraciones sobre libertad humana y autonomía de la voluntad, y sobre los límites que se imponen a ellas para salvaguardar el orden público, no tienen cabida cuando se trata de la Administración Pública. En efecto, esta última [la administración pública] no actúa sobre la base del principio de libertad sino que está sometida al principio de legalidad; esto es, no es libre de hacer lo que le parezca más conveniente, sino que está limitada a aquello que expresamente le encargue el ordenamiento jurídico. […] no obra libremente sino que requiere una habilitación legislativa previa, esto es, actúa solo en la medida en que una norma le autoriza a hacerlo. La actividad administrativa no es ejercicio de libertad, sino 'de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido'; en esa medida, no es un poder libre sino un poder sometido a la norma […][18].

Entonces, no se podrá considerar expresado el consentimiento de la administración pública a menos que se hubiese emitido en la forma prevista en la Ley. En este punto definitivamente encontramos una dificultad —a nuestro parecer— insuperable en lo que se respecta a la creación de acuerdos tácitos entre el Estado y particulares porque, como se expuso en líneas anteriores, las controversias generadas por la supuesta prestación de servicios, entrega de bienes o ejecución de obras sin contrato, tienen como antecedente la falta de observancia de los procedimientos legales previstos en el Sistema Nacional de Contratación Pública.

---

16 Código Civil. Artículo 1461. Suplemento del Registro Oficial No. 46 del 24 de junio de 2005.

17 Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. *Óp. cit.,* p. 309.

18 Aguilar Andrade, Juan Pablo. *Arbitrabilidad de los Actos Administrativos*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2014, p. 67.

No solo que aquellos supuestos acuerdos tácitos demuestran omisión de procedimientos, sino que incluso ponen en evidencia el haber incurrido en prohibiciones legales. En efecto, el artículo 69 de la LOSNCP establece en su inciso final una expresa prohibición para ejecutar obras, servicios o entregar bienes sin la celebración y formalización de los respectivos contratos públicos[19]. Coincidiendo con la postura expresada por el legislador en esta norma, Allan Brewer-Carías sostiene que "Una vez formada la voluntad de la Administración siguiendo, según los casos, el procedimiento señalado anteriormente, la manifestación de esa voluntad debe ser siempre expresa […]"[20].

Sobre la voluntad contractual tácita, Roberto Dromi se expresa en forma armoniosa a lo anteriormente descrito al sostener que la administración pública puede expresar su voluntad de forma tácita a través del silencio administrativo cuando el ordenamiento jurídico expresamente lo prevé en actos administrativos. No obstante, afirma que en lo que concierne a contratos administrativos el consentimiento de la administración debe necesariamente ser expreso[21].

Apartándose de este criterio, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, emitió un fallo sosteniendo que:

> […] el Tribunal advierte que es claro que entre la empresa PROCEFARGO CIA. LTDA, y el Instituto de Contratación de Obras ICO, hoy Servicio de Contratación de Obras, SECOB, existió una vinculación jurídica conocida en la moderna doctrina de derecho administrativo como una relación negocial interpartes que generó obligaciones, en este caso, la obligación de la empresa mencionada de realizar los estudios técnicos para la Contratación de los edificios de residencia en la Universidad Yachay, y entregarlas al Servicio de Contratación de Obras, y éste a su vez, a pagar el valor de tales estudios, una vez que los mismos sean recibidos, precisamente porque se ha probado que funcionarios del ICO hoy SECOB, requirieron al actor y se generó un vínculo que podría denominarse de trabajo especializado. De esta manera, es claro que la autonomía de la voluntad, entendida como "la libertad de que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de terminar su contenido, efectos y duración", constituye la base fundamental de esta relación nacida entre las partes, voluntad que es soberana[22].

En ese fallo, se verifica un criterio totalmente opuesto al sustentado en líneas anteriores porque parte de la aplicación del principio de autonomía de voluntades incluso respecto de la administración pública para concluir en la existencia de una "relación negocial". No obstante, estimamos que este criterio es insostenible, y así lo consideró la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia que casó y revocó el fallo,

19 Ley Orgánica del Sistema Nacional… *Eiusdem*. Artículo 69.
20 Brewer-Carías, Allan. *Tratado de Derecho Administrativo… Óp. cit.,* p. 588.
21 Dromi Roberto. *Derecho Administrativo. Óp. cit.,* p. 311.
22 Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito. *Causa No. 17811-2016-01588*. Sentencia, 30 de agosto de 2017.

bajo la consideración de que este asunto no versaba sobre materia de contratación pública ante la inexistencia de un contrato administrativo; por lo que declaró que había operado la caducidad para accionar[23].

En conclusión, en los acuerdos tácitos se encontraría ausente el elemento de la voluntad porque no se podría dar por entendido que la administración haya manifestado su consentimiento a menos que su voluntad se hubiera formado según los procedimientos previstos en la ley. Por su parte, la ausencia de este elemento (consentimiento) es absolutamente gravosa porque la expresión de la voluntad válida es lo que hace posible la existencia del contrato[24]. Como resultado, a falta de consentimiento, el contrato se reputa inexistente.

A pesar de que, con la falta del consentimiento, bastaría para que podamos afirmar que no es posible el reconocimiento de acuerdos tácitos entre el Estado y particulares a la luz del derecho público contractual; por motivos didácticos continuaremos con el estudio de los demás elementos.

2.3. Objeto

Se entiende por objeto del contrato, al "contenido o materia que se trata de dar, hacer o no hacer"[25]. Esta definición es aquella prevista en el derecho privado pero también resulta aplicable para los contratos administrativos. En ambos casos el contrato debe tener las siguientes características: ser cierto, determinado o determinable, posible y también lícito[26].

Para el efecto de nuestro estudio, este elemento no resulta absolutamente relevante, por las coincidencias que entraña con las normas civiles. Únicamente cabe dar realce a la finalidad pública que persigue el contrato administrativo.

En cuanto a los acuerdos tácitos entre la administración pública y particulares, si podría encontrarse presente este elemento, siempre y cuando el convenio tenga como objeto la satisfacción de necesidades públicas. Es decir, que exista una real necesidad institucional que promueva la contratación.

2.4. Forma

La contratación pública es reglada y eminentemente formalista. La forma de un contrato "[s]e refiere al modo concreto de cómo se materializa, exterioriza

23 Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Causa No. 17811-2016-01588*. Sentencia, 26 de enero de 2018.
24 Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. *Óp. cit.,* p. 310.
25 Lima Endara, Miguel. *Las obligaciones que nacen de los actos y contratos administrativos*. En Eguiguren, Genaro. *Celebración de Contratos Administrativos*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2001, pp. 33-34.
26 Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. *Óp. cit.,* p. 312.

o instrumenta el vínculo contractual"[27]. Según el artículo 69 de la LOSNCP, los contratos públicos por regla general se celebran por escrito a través de un documento suscrito por las partes. No obstante, existen casos en los que por su naturaleza, cuantía o expreso mandato de la ley, requieren además formalizarse a través de escritura pública. Así también, se contemplan excepciones en los procesos de compra por catálogo, en los que se formalizan a través de órdenes de compra y actas de entrega; y, en los procesos de ínfimas cuantías en los que se instrumentan las contrataciones a través de facturas[28].

Entonces, en el caso de la contratación pública el principio de libertad de formas queda relegado a segundo plano, siendo primordial el cumplimiento del ordenamiento jurídico, cuando este prevé formas específicas para la materialización del vínculo contractual como sucede en el caso ecuatoriano, conforme se ha analizado en el párrafo anterior.

En el tema que nos ocupa, es evidente la falta de configuración del elemento "forma" porque los acuerdos tácitos suponen la omisión de estipulaciones escritas. Sin embargo, resulta necesario el determinar cuál es el efecto que aquella deficiencia provoca.

Por una parte, Roberto Dromi identifica a la forma como un elemento esencial del contrato, y concluye que cuando la norma positiva dispone que el contrato deba constar por escrito, aquello debe entenderse como indispensable por lo que su inobservancia afecta la validez del contrato[29]. En cambio, García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, sostienen que incluso cuando la forma escrita del contrato es obligatoria, la ausencia de este elemento, no afecta a la validez del contrato porque aquello carece de carácter consultivo. Esta afirmación se realiza bajo la consideración de que el contrato se perfeccionaría en el momento de la adjudicación; mas no con su formalización[30].

En el caso ecuatoriano, consideramos que la posición de Dromi resulta más plausible. En efecto, el ordenamiento jurídico ha conferido al elemento "forma" tal importancia que ha sancionado con la nulidad a los contratos administrativos que no cumplen con las solemnidades legales[31].

El análisis de la nulidad contractual, resultaría más útil en el supuesto en que partiéramos de la concepción de un contrato existente. Sin embargo, como se expuso en acápites anteriores, en el tipo de casos que nos hallamos estudiando, la falta de consentimiento de la administración expresado conforme lo manda la ley, acarrearía por sí sola, la inexistencia del contrato o negocio tácito.

---

27 *Id.*, p. 313.
28 Ley Orgánica del Sistema Nacional… *Eiusdem*. Artículo 69.
29 Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. *Óp. cit.,* pp. 311-312
30 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón.*Curso de Derecho Administrativo*. *Óp. cit.,* p. 726.
31 Ley Orgánica del Sistema Nacional… *Eiusdem*. Artículo 65 número 2.

Sin perjuicio de lo cual, estimamos necesario ahondar sobre este particular para reforzar el criterio de trascendencia que la legislación ecuatoriana ha atribuido a este elemento (forma) en los contratos administrativos. Así, el artículo 65 de la LOSNCP contempla como una causa de nulidad de los contratos administrativos a la omisión de procedimientos y solemnidades establecidas en el Ley[32]. Esa misma norma hace también una remisión a las reglas del derecho civil, señalando entre las causas de nulidad de los contratos administrativos a aquellas generales establecidas en la Ley.

Por su parte, el artículo 1698 del Código Civil determina que es causa de nulidad absoluta "[…] la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos […] contratos"[33]. Así mismo, el artículo 1459 del mismo cuerpo legal establece que un contrato es solemne cuando está sujeto al cumplimiento de formalidades especiales al punto que sin ellas no surte efectos jurídicos[34].

Entonces, se puede colegir que los contratos administrativos son solemnes porque la ley que regula la materia ha establecido requisitos obligatorios para su validez, mismos que consisten en la observancia de procedimientos y formalidades legales. En este tipo de contratos la omisión de esas formalidades daría lugar a su nulidad, según lo prescrito en el número 1) del artículo 65 de la LOSNCP y artículo 1698 del Código Civil.

Ahora, la alegación sobre la nulidad contractual podría formularse por el Procurador General del Estado en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 65 de la LOSNCP; mas, resulta inquietante si la entidad pública sobre la que se pretenden hacer valer las obligaciones contractuales, pudiera anunciarla a su favor; o si el contratista pudiera demandar la nulidad del contrato. El artículo 1699 del Código Civil prescribe que la nulidad absoluta puede ser alegada por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato[35]. Para dilucidar aquello, es necesario acudir al fallo dictado por la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, en la que se aclara que:

> […] la inhabilidad prevista en esta segunda parte del artículo aludido para alegar la nulidad absoluta no es aplicable cuando esa contravención afecta intereses de orden público, sino únicamente a aquellos casos en que una persona particular al eludir sus obligaciones contractuales trata de utilizar su propia falta como un medio para sacar provecho o utilidad […][36].

32 Ley Orgánica del Sistema Nacional… *Eiusdem*. Artículo 65 número 2.
33 Código Civil. *Eiusdem*. Artículo 1698.
34 Código Civil. *Eiusdem*. Artículo 1459.
35 Código Civil. *Eiusdem*. Artículo 1699.
36 Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. *Causa No. 371-2006*. Sentencia, 26 de octubre de 2006.

En ese mismo fallo se hace referencia a la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de 28 de diciembre de 1999 en la que se comparte el criterio sobre que la mencionada prohibición recae exclusivamente en contratos entre particulares y no cuando una de las partes contractuales es una entidad pública[37].

Entonces, en resguardo del orden público, la nulidad contractual cabría ser formulada además del Procurador General del Estado, por la entidad contra la que se pretenden hacer valer las obligaciones contractuales; pero no por el sujeto particular que habría intervenido en el contrato. No obstante, reiteramos que aquella alegación únicamente sería útil en el supuesto en que los demás elementos del contrato se configuren y así se pueda entender como existente al negocio jurídico; cuestión que como ya se ha dicho antes, en lo que respecta a los negocios tácitos con el Estado, hemos puesto en tela de duda en este estudio.

Examinado que ha sido el elemento "forma" podemos concluir que, el mismo es relevante en cuanto a la validez del negocio jurídico. Al punto que la ausencia del acatamiento de las formas previstas en la ley ocasionaría la eventual nulidad del indicado contrato, según lo dispuesto en las normas legales previamente citadas. Este particular resultaría trascendente en el orden práctico si primero se cumplieran el resto de elementos esenciales del contrato.

Por todo lo expuesto, habiendo analizado cada uno de los caracteres fundamentales del contrato público, se puede llegar a la conclusión de que los negocios tácitos entre el Estado y particulares no podrían reunir todos los indicados elementos. Si bien podrían configurarse los elementos de sujetos y objeto, resultaría especialmente complejo que se encuentren presentes los caracteres de voluntad y forma porque este tipo de negocios jurídicos tienen como antecedente la inobservancia de procedimientos legales.

En consecuencia, ante la ausencia de elementos esenciales del contrato administrativo en los negocios tácitos entre el Estado y particulares, se colige que su reconocimiento no es jurídicamente factible a la luz de las normas del Sistema Nacional de Contratación Pública.

2. Negocios jurídicos tácitos y la prohibición de obligar a realizar trabajos gratuitos o forzosos

En los casos en que se ha planteado esta problemática ante órganos judiciales, resulta recurrente el argumento de que se deberá reconocer el negocio jurídico tácito por cuanto el artículo 66 número 17 de la Constitución de la República

37 Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. *Causa No. 178-1998*. Sentencia, 28 de diciembre de 1999.

contempla una prohibición de que se obligue a alguien a efectuar trabajos gratuitos o forzosos[38].

Este argumento ha sido analizado y estimado por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito en los juicios No. 17811-2016-01588 y 17811-2017-00993, en ambos casos, el referido órgano judicial verificó la inexistencia de un contrato administrativo escrito; mas ordenó el pago de los valores demandados por cuanto consideró que no hacerlo incurriría en la prohibición prevista en la mencionada norma constitucional.

En el primer caso en cita, el mencionado órgano judicial, consideró lo siguiente:

> Por tanto, el Tribunal aclara que el efecto de este concurso de voluntades es la fuerza obligatoria de lo pactado y su intangibilidad. Para ahondar en lo manifestado nos remitiremos a lo señalado en el artículo 1561 del Código Civil, que contiene el principio pacta sunt servanda, conforme el cual "los pactos deben honrarse", es decir, que lo pactado obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Igualmente, el Art. 66 número 17 de la Constitución de la República del Ecuador, señala que ninguna persona será obligada a realizar un trabajo gratuito o forzoso[39].

Esta sentencia (a la que se ha hecho referencia anteriormente) fue casada por la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia que desestimó la existencia de un contrato administrativo a consecuencia de un negocio jurídico tácito, lo que a su vez ocasionó que se declare la caducidad del derecho para accionar del demandante al no versar la acción sobre materia de contratación pública. No obstante, no existió pronunciamiento expreso por el órgano que resolvió la casación, sobre la aplicación de la prohibición constitucional en mención[40].

En el segundo juicio mencionado, el juzgador sustentó su decisión en el artículo 66 número 17 de la Constitución de la República para disponer el pago por concepto de "obras adicionales" de las que habían sido pactadas en un contrato de obra. El Tribunal estimó que esa disposición constitucional protegía el equilibrio económico del contrato, según el cual dijo que se evitaría el enriquecimiento injusto de la administración en detrimento del contratista[41]. En esa sentencia se expuso:

> En la especie, no se aprecia la suscripción de un contrato complementario, por un lado, y por otro, existe la continuación del contratista con obras adicionales requeridas sin el cumplimiento de las observancias legales y contractuales. Pues documentadamente no existe evidencia alguna de dicho cumplimiento […].

38 Constitución de la República… *Eiusdem*. Artículo 66 número 17.

39 Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito. *Causa No. 17811-2016-01588*. Sentencia, 30 de agosto de 2017.

40 Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Causa No. 17811-2016-01588*. Sentencia, 26 de enero de 2018.

41 Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito. *Causa No. 17811-2017-00993*. Sentencia, 17 de junio de 2019.

Respecto de esta sentencia, las partes demandadas han planteado recursos de casación que se encuentran pendientes de resolución.

Los mencionados casos tienen como puntos comunes que a pesar de que el Tribunal constató el quebrantamiento de la ley e incumplimiento de los procedimientos previstos en la normativa del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispuso el pago de valores reclamados por los demandantes; y para dicho efecto, de forma principal, aplicó la norma constitucional contenida en el artículo 66 número 17.

Si bien no hay discrepancia sobre la superioridad jerárquica de la norma constitucional; sería razonable que aquella sea aplicada en lugar de normas infra-constitucionales, siempre y cuando existiere una antinomia o contradicción entre ellas. No obstante, estimamos que el artículo 66 número 17 de la Constitución de la República no resulta aplicable para efectos de ejecución de obligaciones provenientes de negocios jurídicos tácitos, por los motivos que paso a exponer a continuación.

El indicado artículo, que se encuentra previsto entre los derechos de libertad consagrados en la Constitución de la República, reza:

> Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: […]
> 17. El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley[42].

Entonces, el presupuesto básico para que se incurra en la prohibición contemplada en la norma constitucional es que exista coacción o imposición de un sujeto frente a otro, a fin de que este último realice un trabajo gratuito o forzoso.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, sentencia del 20 de octubre de 2016, consideró lo siguiente:

> Con respecto al trabajo forzoso u obligatorio, prohibido en el artículo 6.2 de la Convención Americana, la Corte ya se ha pronunciado sobre el contenido y alcance de dicha norma en el Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. En esa Sentencia, la Corte aceptó la definición de trabajo forzoso contenida en el artículo 2.1 del Convenio No. 29 de la OIT, la cual dispone que: [l]a expresión "trabajo forzoso" u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente[43].

42 Constitución de la República… *Eiusdem*. Artículo 66 número 17.
43 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 291.

En los casos en análisis no consta que se haya verificado la existencia de los elementos que configuran la prohibición de trabajo gratuito o forzoso, esto es: a) que el trabajo se haya exigido bajo amenazas; y, b) que los trabajos se hayan realizado de forma involuntaria. Lejos de aquello, en los casos en mención, el juzgador llegó a la convicción de que existieron supuestos acuerdos o negocios jurídicos tácitos entre las partes, lo que comportaba la necesidad de manifestación de voluntad y consentimiento, que de forma automática excluirían a los elementos que configuran la prohibición.

En consecuencia, no vemos cómo podría ser posible que la observancia de las normas relativas al derecho contractual público contenidas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, puedan implicar un quebrantamiento de la libertad del trabajo; ni tampoco suponer la existencia de trabajo obligatorio gratuito o forzoso. Entonces, no parece factible que bajo la aplicación del mencionado principio constitucional, se desconozcan las normas del Sistema Nacional de Contratación Pública y se reconozcan supuestos negocios jurídicos tácitos que no cuentan con los elementos para ser considerados como contratos administrativos.

3. Generación de afectación presupuestaria sin compromiso previo ¿Una forma de reconocimiento de negocios jurídicos tácitos?

A pesar de que la LOSNCP mantiene disposiciones expresas sobre la obligación de cumplir un procedimiento precontractual y luego contractual para la prestación de servicios, entrega de bienes o ejecución de obras; el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (en adelante COPFP) ha establecido excepciones para que se reconozcan obligaciones a consecuencia de la generación de afectaciones presupuestarias sin compromiso previo, es decir, sin cumplir los procedimientos previstos en materia de contratación pública.

Si bien esto no parecería ser coherente con las normas del Sistema Nacional de Contratación Pública, como hemos dicho en párrafos anteriores, la administración pública actúa sobre la base de las competencias y facultades que le confieren la Constitución y la ley. De ahí que si existe una norma legal que habilite a la autoridad administrativa el reconocer obligaciones presupuestarias sin que exista contrato administrativo, aquello sería jurídicamente factible.

El artículo 117 del COPFP prescribe que se genera afectación presupuestaria sin compromiso previo cuando se configuren los siguientes requisitos: que se reciban a satisfacción de terceros obras, bienes o servicios; y que estos hayan

sido adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido. Adiciona la norma que este mecanismo es excepcional[44].

Del artículo en cita, se evidencia que además de justificarse la recepción de obras, bienes o servicios, se debe contar con un acto administrativo válido. Según el artículo 105 del COA, los vicios que afectan de nulidad se producen cuando el acto administrativo:

> 1. Sea contrario a la Constitución y a la ley.
> 2. Viole los fines para los que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad que lo expide.
> 3. Se dictó sin competencia por razón de la materia, territorio o tiempo.
> 4. Se dictó fuera del tiempo para ejercer la competencia, siempre que el acto sea gravoso para el interesado.
> 5. Determine actuaciones imposibles.
> 6. Resulte contrario al acto administrativo presunto cuando se haya producido el silencio administrativo positivo, de conformidad con este Código.
> 7. Se origine en hechos que constituyan infracción penal declarada en sentencia judicial ejecutoriada.
> 8. Se origine de modo principal en un acto de simple administración. El acto administrativo nulo no es convalidable […][45].

Es decir que para que un acto administrativo sea válido, y se configure el requisito previsto en el artículo 117 del COPFP, no deberá encontrarse incurso en ninguna de las causales de nulidad, previamente citadas. Cotejando las mismas con los casos cuya problemática se encuentra en análisis, nos permitimos presentar las siguientes interrogantes, que nos hacen suponer la imposibilidad de que un acto administrativo que reconozca la recepción de bienes, obras o servicios sin compromiso previo sea válido:

Con respecto al primer punto, esto es que el acto es nulo cuando es contrario a la Constitución y a la ley, es preciso recordar que el artículo 69 de la LOSNCP contempla una prohibición expresa de que se reciban bienes, servicios y obras, sin haberse celebrado y formalizado (según el caso) contratos administrativos por escrito. Luego, la inquietud que surge es si el acto administrativo que deba contrariar la mentada disposición legal podría ser válido, o se encausaría en el vicio determinado en el número 1) del artículo 105 del COA, por dictarse conculcando la indicada norma de la LOSNCP.

Por otra parte, en cuanto a la causal número 2) que versa sobre el incumplimiento de la finalidad de la norma que confiere la competencia, inquieta que el artículo 117 del COPFP, no deja claro cuáles son las circunstancias en que el factor de excepcionalidad aplicaría para conseguir sus fines. Todavía más

44 Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Artículo 117. Suplemento del Registro Oficial No. 306 de 22 de octubre de 2010.

45 Código Orgánico Administrativo. *Eiusdem*. Artículo 105.

cuando la LOSNCP ha contemplado el mecanismo agilísimo de régimen especial con contratación directa para casos de emergencia. Lo que descarta al factor emergente como justificación para la falta de suscripción de contratos, limitando aún más el ámbito en el que podría operar la excepcionalidad para la afectación presupuestaria sin compromiso previo.

Finalmente, en lo que respecta al número 7) del precisado artículo legal que contempla como causa de nulidad del acto administrativo cuando "[s]e origine en hechos que constituyan infracción penal". Resulta preocupante la aplicación de la figura de convenio de pago al amparo del artículo 117 del COPFP que no solo ha sido objeto de uso sino de abuso para erogaciones por concepto de obras, servicios o bienes recibidos sin respaldo contractual. Cuestión que ha comportado incluso la posible configuración de delitos como cohecho y tráfico de influencias, que en la actualidad se encuentran siendo perseguidos en casos de interés nacional como por ejemplo el Caso Sobornos 2012-2016, en el que se investiga sobre una red de corrupción que presuntamente actuaba con base a estas figuras para evadir procedimientos del Sistema Nacional de Contratación Pública[46].

En conclusión, la figura establecida en el COPFP relacionada al reconocimiento de obligaciones sin contrato administrativo que las respalde, por haberse generado afectación presupuestaria, prevé un requisito de difícil alcance. Nos referimos a la emisión de un acto administrativo que debe ser válido pero que a la vez debe inobservar la LOSNCP. Que debe ser motivado y cumplir la finalidad de la norma que atribuyó la competencia a la autoridad, pero que a la vez no contempla parámetros claros para su aplicación "excepcional". Por último, que además debería ceñirse al principio de transparencia para evitar despertar sospechas sobre posibles infracciones penales. Entonces, con todos estos inconvenientes, parecería casi inaplicable la fórmula contemplada en el artículo 117 del COPFP, siendo a todas luces más idóneo el dar cumplimiento a los procedimientos de contratación pública previstos en la ley, sin excepción.

4. Conclusiones

Con base en los puntos tratados en el presente trabajo, es posible concluir que las relaciones contractuales tácitas con el Estado para la entrega de bienes, servicios u obras no se encuentran jurídicamente protegidas en el sistema ecuatoriano de contratación pública dado que estos negocios no contemplan todos los elementos esenciales de un contrato administrativo.

46 "En la Corte Nacional se desarrolla audiencia que analiza el acuerdo de cooperación eficaz con Pamela Martínez, en caso Sobornos". El Universo. 16 de marzo de 2020, párr. 14. https://www.eluniverso.com/noticias/2020/03/16/nota/7784526/tribunal-juicio-caso-sobornos-se-instala-audiencia-tratar-acuerdo

En efecto, a pesar de que la intervención de los sujetos contractuales se podría configurar en este tipo de acuerdos, sería complejo justificar la comparecencia de la autoridad competente en un negocio jurídico que no contiene estipulaciones expresas. Además, si bien el objeto lícito del contrato podría encontrarse presente, en caso de cumplirse con los requisitos previstos en el derecho civil, lo propio no sucede con los dos restantes elementos. Es prácticamente imposible que se encuentre presente el elemento de voluntad en este tipo de negocios en los que la administración no expresa su consentimiento a través de los procedimientos legales, de ahí que incluso su ausencia acarrearía la inexistencia del contrato tácito. Por último, el elemento formal no se podría encontrar presente en este tipo de acuerdos que tienen como antecedente precisamente la inexistencia de procedimientos previos y contrato por escrito.

Adicionalmente podemos determinar que la aplicación del principio de libertad de trabajo y la prohibición de ejecución de trabajos gratuitos y forzosos no reviste justificación suficiente y aceptable para el reconocimiento de acuerdos tácitos en desmedro de la observancia de las normas del Sistema Nacional de Contratación Pública. Esto porque en un primer momento los acuerdos tácitos prevén la expresión de voluntades mutuas; mientras que la referida prohibición recae en medios irresistibles que hacen que un sujeto de forma involuntaria efectúe cierto trabajo. Es decir, ambas figuras resultan abiertamente excluyentes siendo que la primera tiene como base el otorgamiento del consentimiento; y en la segunda, es requisito de configuración la ausencia de voluntad.

En cuanto a la afectación presupuestaria que permitiría reconocer la entrega de bienes, servicios y obras supuestamente sin previo compromiso expreso, parecería ser una forma de convalidación ante la ausencia de contratos administrativos. Sin embargo, esta figura contempla un requisito de ardua configuración, esto es la emisión de un acto administrativo válido por autoridad competente. La dificultad radica en que esa declaración de voluntad jamás podría ser válida si contraviene la ley; y aceptar la entrega de obras, bienes y servicios sin contrato, evidenciaría la inobservancia de la ley. Además, este mecanismo no delimita objetivamente su ámbito de aplicación ni garantiza transparencia y eficacia en el gasto público.

Por lo expuesto, concluimos en que aceptar la configuración legal de acuerdos tácitos con el Estado para la prestación de servicios, entrega de bienes y ejecución de obras; significaría validar el incumplimiento de la ley, en desmedro del alcance de los objetivos previstos por el Sistema Nacional de Contratación Pública, esto es el garantizar la calidad del gasto público, la transparencia y evitar la arbitrariedad en la contratación.

Finalmente, es preciso reconocer que con este trabajo no se ha agotado el estudio de este tema dado que no se ha enfocado en arribar a una posible solución para la problemática, sino que ha consistido en un examen eminentemente jurídico y descriptivo a la luz del derecho contractual público.

En el supuesto de haberse efectivamente prestado servicios, entregado bienes o efectuado obras a favor del Estado y sin que la vía de reclamación sea el reconocimiento de acuerdos tácitos con el Estado, estimamos recomendable el análisis del problema desde un enfoque de la responsabilidad objetiva del Estado. Sin embargo, nos permitimos adelantar nuestra preocupación respecto a la intervención de la víctima en los hechos generadores del daño como un elemento que podría ser decisivo en lo que respecta a la responsabilidad extracontractual del Estado, en casos que tengan similitudes con los planteados y en los que el particular participa activamente en el quebrantamiento de la ley.

Por último, también se podría efectuar un futuro estudio de este tema desde la perspectiva del enriquecimiento injusto. Dentro de este ámbito, se podría confrontar a los principios de buena fe y confianza legítima con el viejo aforismo jurídico *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* (no se escuchará a quien alegue en su beneficio su propia torpeza). Recordemos que partimos de la negligencia de particulares así como de servidores públicos que, a sabiendas de la obligatoriedad del cumplimiento de procedimientos y solemnidades para efectos de contratar con el Estado, los omiten deliberadamente. ¿Pueden los particulares y/o servidores públicos escapar de las consecuencias de su negligencia? ¿Qué nivel de responsabilidad les corresponde asumir? Estas son inquietudes que quedan abiertas a la discusión.